

SENTENCIA T-826/08

(Bogotá noviembre 6 de 2008)

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ DEL DISCAPACITADO-Reconocimiento

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos

PENSION DE INVALIDEZ-Persona en circunstancias de debilidad manifiesta

DISMINUIDO FISICO-Políticas de rehabilitación e integración social

DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES-Preceptos constitucionales que imponen al Estado una especial protección a favor de las personas discapacitadas

PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional de la acción de tutela para exigir el reconocimiento y pago

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ Y PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD-Exigencias establecidas en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 39 con las modificaciones hechas por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003

LEY 860/03-Regulación regresiva en materia de pensión de invalidez

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación

PENSION DE INVALIDEZ-Excepción de inconstitucionalidad y principio de progresividad

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSION DE INVALIDEZ-relevancia constitucional

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y DERECHOS SOCIALES-Límites a la libertad de configuración legislativa

PENSION DE INVALIDEZ-Norma que establece requisito de fidelidad

Referencia: expediente T-1.666.242

Accionante: Aleyda Ramos Hernández

Fallo de tutela objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Diecisiete Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cali, del 25 de mayo de 2007.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Pretensión

La actora instaura acción de tutela<sup>1</sup> contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte, para que a través de este mecanismo se ordene reconocer y pagarle la pensión de invalidez que le fue negada, pues presenta una pérdida de capacidad laboral del 62.05% y es madre cabeza de familia.

### 2. Respuesta de la entidad demandada

La Directora de Beneficios y Bonos Pensionales de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, dio respuesta a la acción de tutela,<sup>2</sup> oponiéndose a la prosperidad de la misma, por las siguientes razones:

2.1. La actora se vinculó al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., el 4 de agosto de 2004, en calidad de trabajadora dependiente. El 24 de febrero de 2006, la señora Ramos Hernández, en su condición de afiliada, solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez.

2.2. Revisada la documentación correspondiente, se constató que la peticionaria no cumple con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de invalidez, por cuanto se demostró: a) En el período comprendido entre el 15 de noviembre de 2002 al 15 de noviembre de 2005, la actora tiene un total de 41 semanas cotizadas al sistema General de Pensiones, faltándole 9 semanas para cumplir el requisito de las 50 semanas. b) Al verificar la fidelidad al Sistema General de Pensiones, se estableció que tampoco ha cotizado el 20% del tiempo de cotización equivalente a 1178 días transcurridos entre el momento en que cumplió los 20 años de edad (12 de marzo de 1980) y la fecha de la primera calificación de su estado de

invalidez (27 de abril de 2006), pues solamente alcanzó a cotizar 428 días y tampoco cuenta con Bono Pensional en el ISS.

2.3. La decisión anterior fue comunicada a la tutelante mediante Oficio NO CBJ-06-14300 del 26 de julio 2006, solicitándole, informara si poseía otros tiempos de cotizaciones al Sistema General de Pensiones, para tenerlos en cuenta en el cálculo de semanas cotizadas; de igual manera se le informó acerca de la procedencia de la devolución de saldos (art. 72 de la Ley 100 de 1993).

2.4. Mediante la acción de tutela, no se puede ordenar el pago de una pensión de invalidez, pues ello escapa a la competencia del juez constitucional dado que existe otro medio de defensa como es la jurisdicción laboral.

2.5. BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la actora. La solicitud de pensión fue estudiada y rechazada en aplicación de la Ley 100 de 1993 y en especial de la Ley 860 del 29 de diciembre de 2003, normatividad vigente al momento de la fecha de la estructuración de la invalidez dictaminada por la Compañía de Seguros de Vida BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.<sup>3</sup>

2.6. Reitera que la actora tiene la opción de solicitar ante esta Sociedad Administradora la devolución de los saldos depositados en su cuenta de ahorro individual contemplada en el artículo 72 de la Ley 100 de 1993, o a continuar cotizando al Sistema General de Pensiones con el fin de reunir el capital que le permita acceder a una pensión de vejez.

3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. Estado de la invalidez-. La actora padece “NEFROPATÍA LÚPICA EN FALLA RENAL.” El 26 de mayo de 2006, el Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte le notificó la pérdida de su capacidad laboral en un 62.05 %, estableciéndose como fecha de estructuración el 11 de noviembre de 2005.

3.2. Negativa del reconocimiento. El 26 de julio de 2006, la accionada le negó la pensión por no cumplir con los requisitos establecidos en las Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003, dado que al momento de la estructuración de la invalidez solo tenía 39 semanas cotizadas<sup>4</sup> al Sistema General de Pensiones y no las 50, que se exige para tener derecho a pensionarse.

3.3. Fundamento de la pretensión. Aduce que es madre cabeza de hogar, que el sustento de ella y de su familia lo obtenía del trabajo que realizaba y que presenta un porcentaje de incapacidad laboral superior al 50%.

3.4. Derechos Fundamentales invocados. Constitución Política de Colombia y Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos, en especial el Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

3.5. Amparo Constitucional. La actora solicita se ordene a la demandada que le reconozca la pensión por invalidez, garantizándole el pago permanente de las mesadas pensionales a las que tiene derecho, así como las que le corresponden desde el momento en que fue estructurada la invalidez.

3.6. Pruebas: i) Anexadas por la demandante. Dictamen de calificación de invalidez expedido por la Compañía de Seguros de Vida BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., del 27 de abril de 2006, donde se establece que la señora ALEYDA RAMOS HERNÁNDEZ presenta un porcentaje de pérdida de capacidad equivalente al 62.05%, con fecha de estructuración de la invalidez del 11 de noviembre de 2005 y de origen común. Fotocopia de carné de afiliación y de la cédula de ciudadanía. Escrito mediante el cual se le niega la pensión. ii) Anexadas por la demandada: Copia de la Historia Laboral de la señora Ramos Hernández expedida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la cual se evidencia que nunca realizó aportes al ISS, con anterioridad a la fecha de vinculación con BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Estado de cuenta de los aportes a nombre de la accionante en su cuenta de ahorro individual administrada por la Sociedad Administradora acusada.

4. Decisión objeto de revisión (Fallo de única instancia del Juzgado Diecisiete Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali del 25 de mayo de 2007)

- Decisión: Deniega el amparo.

- Razón de la decisión: El artículo 4º de la Ley 700 de 2001, estableció un plazo no mayor de seis (6) meses, para resolver las peticiones pensionales. En el presente caso la actora elevó solicitud para el reconocimiento de pensión de invalidez, la cual le fue contestada en el término oportuno, dándole las explicaciones de tipo legal del por qué no podía reconocerse

dicha prestación, por lo que no existe vulneración del derecho de petición.

En lo relativo a la solicitud del reconocimiento de la pensión de invalidez, por tratarse de un asunto de carácter litigioso y de "orden legal", requiere de un estudio exhaustivo y corresponde a la Jurisdicción Ordinaria Laboral su resolución, por lo cual la acción de tutela no es el escenario pertinente para resolver ese tipo de pretensiones.

#### 5. Actuación en Sala de Revisión.

En razón de que la tutelante invoca en la demanda su condición de "madre cabeza de familia", pero sin sustentar lo afirmado, la Sala de Revisión, para mejor proveer, solicitó a la actora mediante auto del 9 de noviembre de 2007, que informara lo relacionado con su situación económica y familiar, indicando el monto y fuente de sus ingresos, gastos mensuales en los que incurre y personas con las que vive y tiene a cargo. De igual manera informara, si a la fecha se ha presentado a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez.

En cumplimiento de lo ordenado, la actora dio respuesta a lo solicitado mediante escrito del 27 de noviembre de 2007, donde señala que su grupo familiar está conformado por su compañero permanente, quien no cuenta con un trabajo estable, pues se desempeña en oficios varios, relacionados con la construcción, pero no tiene un empleo en forma permanente; que tiene dos hijos, el mayor de 17 años que no está actualmente estudiando y la menor de 14 años que cursa 9º grado.

Como obligaciones personales indica que tiene un crédito con el Banco Colmena (\$ 3.656.005), cuotas mensuales de \$ 200.000 y cancela a la seguridad social \$ 126.000. En lo relacionado con sus obligaciones familiares discrimina los costos de la educación y transporte de su hija (\$ 94.000), vestuario de sus hijos (60.000), alimentación (\$ 500.000) y servicios de energía y teléfono (\$ 120.000 aproximado)

Aclara que al momento de enviar la respuesta, tiene un contrato de prestación de servicios como digitadora con el Instituto Municipal de Reforma Urbana de Yumbo con ingreso mensual de \$ 795.000, pero que por sus problemas para el desplazamiento y para desempeñar sus labores, además de sus frecuentes ausencias por su incapacidad laboral, le anunciaron que para el año 2008, no se le renovará el mismo.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las decisión proferida en el asunto de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del Auto del 3 de agosto de 2007, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número 8 de esta Corporación.

### 2. Problema Jurídico

Para el caso en estudio, el estado de invalidez de la actora originada en enfermedad común, se configuró en vigencia del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que exige un mínimo de 50 semanas de cotización anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y la fidelidad al sistema de al menos 20% del tiempo transcurrido entre el día en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la calificación del estado de invalidez. La Administradora de pensiones BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., negó la pensión solicitada por no cumplir con tales requisitos.

Se debate así en el presente caso la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en aquellos casos en que como consecuencia de una modificación de carácter legal, se imponen requisitos más exigentes para la consecución de dicha prestación.

Para resolver el problema jurídico, la Sala se referirá a los siguientes temas: i) La protección especial del discapacitado en el ordenamiento constitucional; ii) procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez; iii) aplicación del principio de progresividad en sede de tutela en el caso específico del derecho a la seguridad social en su contenido específico de derecho a la pensión de invalidez y, iv) si para el caso, la acción de tutela es procedente debiendo inaplicarse el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y, consecuente con lo anterior, exigir que se reconozca la pensión de invalidez que solicitó la demandante a pesar de que no cumple con los requisitos legales para ello, o por el

contrario se debe negar el amparo solicitado.

## 2.1. La protección especial del discapacitado en el ordenamiento constitucional.

2.1.1 La Constitución Política de 1991, establece en varias de sus disposiciones una protección especial para todas aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. Es así como en el inciso segundo del artículo 13 se dispone: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados” y seguidamente estipula que “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

2.1.2. En armonía con lo allí señalado, el artículo 47 Superior establece que “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran. ”

2.1.3. De lo afirmado resulta claro entonces, que por mandato de la Constitución se impone al Estado: (i) la obligación de otorgar un trato diferente y de tomar las medidas necesarias y favorables para que las personas con discapacidad física o mental puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con los demás, a fin de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política (art. 2 CP); (ii) la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, sancionando los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (art. 13 CP); y (iii) el deber de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran (arts. 47, 54 CP)<sup>5</sup>.

2.1.4. En ese orden de ideas se puede afirmar que es una obligación del Estado, tomar las decisiones de carácter legislativo, judicial, administrativo o de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas impedidas, compromiso de rango constitucional que la jurisprudencia ha denominado “deber positivo de trato especial”. Además, las autoridades deben obrar frente a ellos de manera especialmente diligente, interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio

eminentemente protector, de tal forma que se materialice la intención del Constituyente de garantizar el goce de sus derechos constitucionales fundamentales.<sup>6</sup>

2.1.5 Los preceptos constitucionales a que se ha hecho mención, que imponen al Estado una especial protección a favor de las personas discapacitadas, se encuentran desarrollados en diferentes disposiciones de orden interno. También están los principios de derecho internacional, los tratados y convenios que reconocen derechos humanos, ratificados por el Congreso, tal y como lo establecen los artículos 9º y 93 de la Carta Política, en armonía con la jurisprudencia constitucional.<sup>7</sup>

3.2 Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez. Reiteración de jurisprudencia

3.2.1. La jurisprudencia constitucional<sup>8</sup> ha indicado que la acción de tutela no procede para el reconocimiento de derechos pensionales, por tratarse de derechos litigiosos de naturaleza legal, cuya competencia se halla a cargo de la justicia laboral o contenciosa administrativa, según el caso. No obstante lo anterior, ha admitido que en situaciones excepcionales el derecho al reconocimiento de una pensión, en particular la de invalidez, pueda ser protegida por vía de tutela cuando por las circunstancias del caso concreto adquiere carácter de fundamental. Ello, por cuanto la pensión de invalidez si bien es un derecho de creación legal, encuentra fundamento en la Carta Política (arts. 25, 48 y 53)<sup>9</sup>.

3.2.2. Ahora bien, el derecho a la pensión de invalidez puede ser fundamental cuando se encuentra en conexidad con derechos fundamentales como la vida, la integridad física, el trabajo y el mínimo vital. Así, en aquellos casos en los que la omisión de pago o de reconocimiento del derecho prestacional pone en riesgo o amenaza gravemente la vida en condiciones dignas de una persona en estado de invalidez, procede la acción de tutela. En efecto, se ha estimado que someter a un litigio laboral a una persona con disminución de su capacidad laboral, que le impide acceder al trabajo y, por ende, a una fuente de ingreso, resulta desproporcionado y por esta razón, la Corte ha concedido en diversas oportunidades la tutela del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en forma definitiva<sup>11</sup>, o transitoria<sup>12</sup>, de personas cuyo derecho a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital resultan afectados por omisión atribuible a las entidades demandadas<sup>13</sup>. Ello por cuanto la pensión de invalidez representa un derecho esencial e irrenunciable<sup>14</sup>, de cuyo

disfrute depende la supervivencia de aquellas personas que han visto menguada o disminuida su capacidad laboral, por razones ajenas a su voluntad.<sup>15</sup>

3.3 Aplicación del principio de progresividad en sede de tutela. El derecho a la seguridad social en su contenido específico de derecho a la pensión de invalidez.

En ejercicio de la libertad de configuración que en materia de seguridad social le corresponde al legislador, se diseñó la pensión de invalidez como apoyo a la subsistencia de aquellos trabajadores que, por circunstancias ajenas a su voluntad, pierden su capacidad laboral y, con ella, la posibilidad de trabajar y así proveer sus propias necesidades y las de su familia.

Por lo anterior, la pensión de invalidez no sólo es un derecho irrenunciable del trabajador a la seguridad social en los términos del artículo 48 de la C.P., sino una prestación diseñada por el Estado para proteger a quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta por su condición de discapacitados físicos, sensoriales y psíquicos.<sup>16</sup>

De conformidad con lo expuesto, el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez gravita entre dos extremos de relevancia constitucional. Por un lado, el derecho de la persona inválida de gozar de un ingreso mensual que le permita reemplazar el salario que percibía anteriormente y, de otro lado, el interés del Estado y de la sociedad de obtener los recursos económicos necesarios para proveer de este recurso a todas las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta provocada por el estado de invalidez.

Acorde con lo señalado, las leyes de seguridad social, pueden diseñar los requisitos y condiciones para acceder al derecho a la pensión de invalidez. Sin embargo cabe aclarar que la libertad de configuración normativa del legislador para desarrollar el derecho a la seguridad social en pensiones no es absoluta, pues está limitada por el cumplimiento de reglas y principios constitucionales que se imponen de manera preferente y obligatoria y exigen tanto del legislador como del operador jurídico para el caso concreto, la garantía y defensa de la efectividad de derechos de rango constitucional.<sup>17</sup> De suerte que en todos aquellos casos en los que existe una contradicción directa y evidente entre el querer legislativo y la voluntad constituyente, debe prevalecer esta última para exigir la eficacia del principio de supremacía constitucional.

Con el propósito de ponderar esos dos extremos en tensión a los que se hizo referencia anteriormente, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada en señalar dos reglas fundamentales que limitan la libertad de configuración normativa del legislador, así: i) En desarrollo de los principios de progresividad del derecho a la seguridad social en pensiones y de favorabilidad del trabajador, la ley posterior que amplíe la cobertura del derecho, debe aplicarse en forma preferente. ii) En atención a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, la ley posterior que restrinja el derecho a la pensión de invalidez o que regule los requisitos para acceder a ella en forma más estricta respecto de los que había señalado la norma que deroga, es prima facie inconstitucional.<sup>18</sup> ii) La Corte<sup>19</sup> igualmente ha dicho que, en casos de leyes regresivas en materia de seguridad social en pensiones, la carga de la prueba sobre la validez constitucional de la norma se invierte, pues, contrario a la regla general en la que la ley se presume constitucional, en estos casos corresponde al legislador demostrar razones suficientes que expliquen y justifiquen constitucionalmente la regresión<sup>20</sup> y que demuestren además, que la norma restrictiva es razonable y proporcional en el caso concreto. <sup>21</sup>

Con estos precedentes, se realizará un breve análisis de las disposiciones legales que desarrollan la figura de la pensión de invalidez, para ver si en esta materia ha operado el fenómeno de la regresión en materia de seguridad social en pensiones.

La versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, establecía como requisito para el reconocimiento de la pensión, que “al momento de ocurrir el suceso” el afiliado se encontrara cotizando al régimen y dicha cotización ascendiera a un mínimo de veintiséis (26) semanas. La disposición además señalaba, que en aquellos eventos en los cuales la “persona hubiera dejado de cotizar al sistema”, el requisito exigido era dejar de haber realizado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas dentro del año anterior a la estructuración del estado de invalidez.

El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, fue modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto, exige para el reconocimiento de la pensión de invalidez, que el beneficiario haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la estructuración del estado de invalidez. Adicionalmente, se creó un nuevo requisito, conocido como “fidelidad de cotización”, que exige a quien ha padecido una enfermedad, demostrar una permanencia de afiliación al sistema superior al 20% del tiempo transcurrido desde el

momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha en la cual se realizó la primera calificación del estado de invalidez.

De acuerdo con la modificación incorporada en la Ley 860 de 2003, los requisitos para acceder a la pensión de invalidez se han hecho “más estrictos y exigentes”, respecto de los señalados en el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que exigía solamente que el afiliado hubiere cotizado al menos 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez o si, en ese momento no estaba afiliado, por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior.

En este punto, cabe aclarar, que si bien los fines de la modificación legislativa son perfectamente legítimos (la medida fue adoptada con el objetivo de promover la “cultura de afiliación” y “aminorar el número de fraudes al sistema de seguridad social”), de todas formas crea una situación desventajosa en relación con los cotizantes del sistema, que según la redacción original de la disposición, tendrían acceso a disfrutar de la pensión de invalidez, pero debido a la expedición de una nueva ley, se ven alejados de la posibilidad de gozar de dicha prestación y si bien no es factible predicar que tengan un derecho adquirido en virtud del cual se realizara el reconocimiento de la pensión, su situación, se vio gravemente lesionada, al exigirse la fidelidad al sistema y mayor número de semanas de cotización.

Al analizar los cambios presentados en la redacción del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, la Corte<sup>22</sup> llegó a la conclusión en la Sentencia T-221 de 2006 que no se encontraba una explicación que justificara la existencia de motivos inapelables que de manera forzosa impusieran medidas regresivas. En tal medida señaló que la norma resultaba desproporcionada, por cuanto hacía más difícil el acceso a la prestación a un sector poblacional que, merece especial consideración. De igual manera precisó, que la justificación sobre la cual debe descansar este tipo de medidas está llamada a satisfacer con suficiencia una particular carga de argumentación que permita desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que se cierne sobre ellas y que realizado el análisis respectivo, ese apoyo argumentativo se echaba de menos, por lo cual en esa ocasión empleó la excepción de inconstitucionalidad, procediendo a inaplicar la Ley 860 de 2003.

Con base en el criterio expuesto en la Sentencia T-221 de 2006 mencionada, se concedió la solicitud de pensión de invalidez a una persona de 73 años que padecía cáncer pulmonar. En

dicha ocasión se refirió de manera específica al requisito de fidelidad al sistema, señalando que la aplicación de tal exigencia hacía más gravoso el acceso a esta prestación a las personas de mayor edad, lo cual se oponía prima facie al mandato de protección de tercera edad.<sup>23</sup>

De igual manera, la Corte en sentencia T-1291 de 2005 concedió el amparo de una madre cabeza de familia quien, debido a la ocurrencia de un accidente, padecía una incapacidad del 69.05%. La petición de reconocimiento de la pensión de invalidez había sido negada por la respectiva administradora de pensiones debido a que la ciudadana no cumplía la totalidad de los requisitos contenidos en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

En esa oportunidad la Corte señaló que si bien la decisión adoptada por la entidad demandada se ajustaba formalmente al texto de la ley, se revelaba contraria al texto constitucional y al principio de progresividad que informa el desarrollo del derecho a la seguridad social; razón por la cual aplicó la excepción de inconstitucionalidad, lo cual dio paso al empleo de la regulación previa a la Ley 860 de 2003. Al respecto, precisó lo siguiente:

“Por tratarse de un caso de invalidez por ‘riesgo común’ acaecido el 28 de enero de 2004, la AFP aplicó a la discapacidad y minusvalía de Adriana María Jaramillo Ríos el numeral 1 del artículo transcrito. Con base en éste concluyó que ella no cumple con el número de semanas cotizadas en los últimos tres años y negó la prestación.

Sin embargo el razonamiento anterior, aunque en apariencia se ajusta a la Ley, vulnera de manera flagrante la Constitución Política y el principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social<sup>24</sup>. En efecto, hay que tener en cuenta que frente a los requisitos establecidos en el artículo 39 ‘original’ (o derogado el 29 de diciembre de 2003) la señora Jaramillo Ríos sí cumplía con las condiciones para acceder a la prestación y, por tanto, haber aplicado para el caso concreto la modificación hecha por la Ley 860 vulnera el principio de progresividad, el derecho a la seguridad social de la peticionaria y, por conexidad, sus derechos a la igualdad, a la vida digna, el mínimo vital, el trabajo y los derechos de su menor hija, Luisa Fernanda Gutiérrez Jaramillo.”

Aparte de lo anterior, esta Corporación en sentencia T-043 de 2007, elaboró una serie de reglas constitucionales, con el propósito de identificar unas pautas jurisprudenciales

aplicables a la protección constitucional de los derechos fundamentales vulnerados por la negativa al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en razón del tránsito normativo operado con ocasión de la expedición de la Ley 860/03, el cual se muestra “injustificadamente regresivo.” Al realizar el análisis existe incompatibilidad entre las normas legales aplicables al caso y “el principio de progresividad de los derechos sociales” y la comprobación en el caso concreto de la afectación de derechos fundamentales del afiliado en razón de la aplicación de las disposiciones resultado del tránsito normativo sobre pensión de invalidez.

La norma en comento es regresiva en la medida que: i) impone requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento; ii) no está fundada en razones suficientes que faculten al Congreso para disminuir el nivel de protección; iii) afecta con mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, son sujetos de especial protección por parte del Estado; iv) no contempla medidas adicionales que busquen evitar la afectación desproporcionada de los intereses jurídicos de los afiliados al sistema al momento de la modificación legal, entre ellos un régimen de transición.

Así mismo ha precisado esta Corporación que para que el amparo constitucional proceda en los casos sometidos a estudio deberán comprobarse las circunstancias de índole fáctica, las cuales tendrán que concurrir ineludiblemente en cada evento concreto, como presupuesto para que el juez de tutela proteja los derechos fundamentales invocados, así: 1. En cada caso deberá estarse ante los supuestos que la jurisprudencia constitucional ha previsto para la inminencia de un perjuicio irremediable, habida cuenta que la discusión sobre derechos laborales es un asunto que, de manera general, es de competencia de la jurisdicción ordinaria. 2. Debe acreditarse que la falta de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez tiene efectos incontrovertibles, en términos de vulneración del derecho fundamental al mínimo vital del afiliado. 3. En ese sentido, deberá comprobarse la conexión necesaria entre el pago de la prestación económica y la consecución de las condiciones materiales que garanticen la subsistencia del interesado. De esta manera, en caso de que se demuestre que el afiliado cuenta con otras fuentes de ingreso, distintas a la pensión solicitada, el amparo resultará improcedente ante la falta de inminencia de un perjuicio irremediable. 4. Finalmente, deberá comprobarse por parte del juez constitucional que la aplicación de las normas resultantes del tránsito normativo resulta irrazonable para el caso concreto.<sup>25</sup>

Son criterios indicadores de tal afectación: (i) La cercanía en el tiempo, entre la fecha en que se estructura la invalidez y la modificación normativa que impone condiciones más estrictas para el reconocimiento y pago de la prestación y (ii) el cumplimiento en el caso concreto de las condiciones que exigía la Ley 100/93, en su versión “original”, para que el asegurado tuviera acceso a la pensión de invalidez una vez acaecido el hecho que configura la discapacidad inhabilitante para el empleo.

### 3.4 Síntesis de la posición asumida por la Corte en esta materia

En síntesis, esta Corporación Tribunal ha manifestado que resulta contrario a lo estipulado en el ordenamiento superior sobre derechos económicos y sociales, de cara a los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en materia de respeto a los derechos humanos, al carácter progresivo que debe regir la seguridad social; a la protección que merecen los discapacitados por sus condiciones de debilidad manifiesta; a la protección que merece la mujer, en especial si es madre cabeza de familia, que el legislador introduzca una medida regresiva, como ocurre con el artículo primero de la Ley 860 de 2003, que impone requisitos más exigentes a las personas para acceder a la pensión de invalidez, sin crear mecanismos que protejan a quienes venían haciendo parte del régimen de seguridad social en pensiones bajo otros requerimientos menos exigentes para causar a su favor el derecho a la pensión.

### 4. Caso concreto

La señora Aleyda Ramos Hernández solicita a través de tutela el reconocimiento de su pensión de invalidez. Al realizar un análisis del material probatorio suministrado por las partes en el proceso de la referencia, esta Sala de Revisión encuentra acreditado que la actora padece incapacidad laboral de un 62.05%, calificada como de origen común, la cual fue estructurada el día 11 de noviembre de 2005. Tales resultados surgen de la lectura del “dictamen sobre porcentaje de pérdida de capacidad laboral”, que fue llevada a cabo por la Compañía de Seguros de Vida BBVA Seguros de Vida Colombia S. A.

Igualmente, esta Sala de Revisión encuentra probado que la razón por la cual la entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por la demandante consiste en que de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, dicha petición no cumplía con los requisitos establecidos por la disposición. En tal sentido la accionada informó que la señora Ramos Hernández no había cotizado las 50 semanas

requeridas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, pues el número de semanas efectivamente cotizadas en este lapso ascendía a 41. De igual manera alega que debió acreditar un 20% de cotizaciones calculado desde el momento en que cumplió 20 años hasta la fecha de estructuración -fidelidad de cotización al sistema-. Así, luego de realizar una conversión numérica del porcentaje, Horizonte concluyó que el reconocimiento del derecho pensional se encontraba condicionado a la cotización de 1178 días, a lo cual se opone el número de 428 días efectivamente cotizadas por la accionante.

El problema jurídico central propuesto en la acción de tutela consiste en la aplicación de una disposición legal -artículo 1° de la Ley 860 de 2003- que prima facie, según se analizó anteriormente, se opone al principio de progresividad. En efecto, como se señaló en el numeral 6.3 de esta providencia, todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado en materia de seguridad social debe presumirse en principio inconstitucional y, por ello, está sometido a un control judicial estricto.

En el presente caso, al analizar el conjunto de requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional<sup>26</sup>, esta Sala estima que para el caso se encuentran cumplidos, en la medida que: (i) las condiciones que debe cumplir la actora son más gravosas e impiden el acceso a la prestación económica reclamada; (ii) tal como se afirmó en sentencia T-221 de 2006, en la nueva normatividad no hay una fundamentación suficiente sobre la cual se apoye la disminución del nivel de protección del derecho a la pensión de invalidez; (iii) existe una intensa afectación de los derechos del discapacitado, quien, según la jurisprudencia constitucional y los tratados y convenios que consagran derechos humanos ratificados por Colombia, éste es un sujeto de especial protección; iv) se echa de menos que la nueva disposición no haya consagrado un régimen de transición. Como lo ha advertido esta Corporación, el régimen de transición busca permitirle a los destinatarios de la ley regresiva, acomodarse a las nuevas condiciones para acceder a una prestación social que de no haberse cambiado, tendrían derecho a su reconocimiento y pago;<sup>27</sup> v) existe una considerable cercanía entre el momento en que se estructuró la invalidez de la actora -esto es, el 11 de noviembre de 2005- y la fecha en la cual se realizó la modificación normativa que impone condiciones más gravosas para el reconocimiento de la prestación. En efecto la Ley 860, se expidió el 29 de diciembre de 2003; vi) de no haber existido una modificación al texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, la peticionaria hubiera accedido a la pensión de invalidez, ya que al momento de la estructuración de la invalidez, la solicitante

hubiera tenido derecho al reconocimiento de la pensión, pues el número de semanas cotizadas por la accionante ascendió a 41 y la cifra requerida por la Ley 100 de 1993, era de 26 en cualquier tiempo.

La Corte encuentra además que la actora se encuentra en estado de debilidad manifiesta, por la incapacidad laboral de un 62.05% que presenta y por las condiciones económicas que padece, pues según afirma del ingreso proveniente de su trabajo depende para mantener su propia existencia y la de personas a su cargo.

En ese orden de ideas, al advertir que la Ley 860 de 2003, contiene una regulación que puede ser considerada como regresiva en materia de pensión de invalidez, tal inconstitucionalidad se predica respecto del caso en concreto, por cuanto la medida afecta a una persona que se encuentra dentro de un grupo poblacional objeto de protección reforzada.

Si bien, como lo afirma la entidad demandada la actora cuenta con los instrumentos judiciales ordinarios ofrecidos por la jurisdicción laboral, las condiciones materiales que rodean el caso, y que afectan el núcleo familiar, permiten inferir que existe un perjuicio irremediable, pues como madre cabeza de familia es la encargada de procurar los ingresos económicos necesarios para garantizar la manutención de su familia.

Por lo anterior y siguiendo los precedentes reseñados, esta Sala procederá a aplicar la excepción de inconstitucionalidad con el objetivo de ofrecer alcance concreto a los principios constitucionales -dentro de los cuales se encuentran aquellos inscritos en el bloque de constitucionalidad- sobre protección al trabajo, amparo al derecho a la seguridad social y progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

### III. Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos en este proceso, ordenada mediante auto del nueve (09) de noviembre de 2007.

SEGUNDO.- REVOCAR el fallo proferido el 25 de mayo de 2007, por el Juzgado 17 Penal Municipal de Cali con función de control de Garantías. En consecuencia TUTELAR con carácter definitivo el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Aleyda Ramos Hernández.

TERCERO.- ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta providencia, dé aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, y proceda reconocer la pensión de invalidez por riesgo común a favor de la señora Aleyda Ramos Hernández desde la fecha en que la accionante solicitó su reconocimiento.

CUARTO.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 El 2 de mayo de 2007.

2 Fls. 21-25.

3 Noviembre 11 de 2005.

4 En la respuesta dada a la acción de tutela, se afirma que la actora cotizó 41 semanas.

5 Sentencias T-043 de 2005, T-220 de 2007.

6 Sentencia T-719 de 2003.

7 En la sentencia T-061 de 2006 se dijo: “La jurisprudencia sostiene que para otorgar la debida protección a las personas afectadas con limitaciones, el Estado deberá i) procurar su igualdad de derechos y oportunidades frente a los demás miembros de la sociedad, ii) adelantar las políticas pertinentes para lograr su rehabilitación e integración social de acuerdo a sus condiciones y iii) otorgarles un trato especial, pues la no aplicación de la diferenciación positiva da lugar a la desigualdad.

8 Ver entre otras la Sentencia T-580 de 2007.

9 Sentencias T-860 de 2005, T-043 de 2005, T-1251 de 2005, T-056 de 1994, T-888 de 2001, entre muchas otras.

10 Según la jurisprudencia constitucional el perjuicio irremediable se caracteriza, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Ver entre otras la Sentencia T-757 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

11 Sentencia T-860 de 2005, T-817 de 2001 y SU-1023 de 2001, entre otras.

12 Sentencia SU-1354 de 2000.

13 En este punto es oportuno mencionar que la Corte ha diferenciado entre, dos aspectos distintos a saber: i) Cuando se presenta como mecanismo principal, debe examinarse que no exista otro medio judicial o aún si existe éste no resulte idóneo para el caso concreto. ii) Cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo, es preciso demostrar que ésta es necesaria para evitar un

perjuicio irremediable.

14 La pensión de invalidez es un derecho de creación legal, pero que encuentra fundamento en la Constitución Política (arts. 25, 48 y 53).

16 Artículos 13 y 47 C.P.

17 Lo afirmado está en concordancia con lo señalado por instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia los cuales hacen relación al principio de progresividad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Es así como el artículo 2° el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que: “ Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

De igual manera el artículo 26 la Convención Americana de Derechos Humanos contempla el mismo principio en el ámbito interamericano: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

El Protocolo de San Salvador, que adiciona la Convención Americana en lo relativo a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, establece que: “Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.”

18 Esta Corporación se ha pronunciado de manera específica a propósito del alcance del principio de progresividad, así:

En la Sentencia C-038 de 2004 señaló que el principio de progresividad se encuentra desprovisto de cualquier contenido meramente retórico, lo cual supone la inconducencia de su empleo como excusa para eludir o dilatar la obligación de realización de los derechos sociales. Este principio supone el compromiso de iniciar de manera inmediata el proceso que conlleve a la realización plena de tales derechos, obligación que se suma al reconocimiento de “unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de esos derechos que el Estado debe garantizar a todas las personas”<sup>18</sup>

En la Sentencia C-671 de 2002, precisó que: “el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto”. Por tal motivo, señaló que la superación del examen de exequibilidad, además de suponer la aprobación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que dan forma al principio de proporcionalidad, debe acreditar la existencia de los motivos imperiosos que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.

En el mismo sentido, en sentencia C-1489 de 2000 señaló que sobre aquellas leyes que traigan consigo una disminución del ámbito de protección ya concedido a un derecho social pesa una presunción de inconstitucionalidad.

En la Sentencia C-125 de 2000, al analizar la constitucionalidad de la Ley 516 de 1999 “Por la cual se aprueba el CODIGO IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL, se refirió igualmente al principio de progresividad de la ley en materia de seguridad social.

19 Ver Sentencia T-641 de 2007.

20 El artículo 48 de la C.P., establece que: El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.(negrilla adicionada)

21 En Sentencia T-043 de 2007, la Corte dijo sobre el asunto lo siguiente: “como regla general, el legislador goza de un amplio margen de configuración de los derechos sociales, para lo cual está facultado para modificar la legislación que define su contenido y condiciones de acceso, incluso si las nuevas condiciones afecten meras expectativas de consolidar un derecho bajo la antigua normatividad. Sin embargo, cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, dichas medidas son constitucionalmente problemáticas por contradecir el principio de progresividad. Por lo tanto, frente a una medida regresiva debe presumirse su inconstitucionalidad prima facie, que podrá desvirtuarse cuando se logre establecer: (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas”.

22 Posición reiterada en la Sentencia T-580 de 2007.

23 Para justificar tal aseveración, la Corte realizó un análisis de la intensidad de la aplicación del artículo 1º de la Ley 860/03, el cual se transcribe a continuación:

Edad en que se presenta la configuración de invalidez

Semanas de cotización requeridas

Entre 20 y 30 años

Entre 0 y 104

Entre 30 y 40 años

Entre 104 y 208

Entre 40 y 50 años

Entre 208 y 312

Entre 50 y 60 años

Entre 312 y 416

Entre 60 y 70 años

Entre 416 y 520

Entre 70 y 80 años

Entre 520 y 624

Entre 80 y 90 años

Entre 624 y 728

De acuerdo a lo anterior la sentencia en cita señaló: “ Se pone de manifiesto, entonces, que la norma puede lesionar en forma significativa a las personas mayores, porque les exige un tiempo más alto de fidelidad al sistema. De esta manera, si bien es cierto que la Corte Constitucional ha sostenido que “es claro que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica per se un retroceso en este campo. Por ejemplo, un incremento en la cotización en seguridad social no es en sí mismo un retroceso pues no disminuye las protecciones ya alcanzadas por la población”<sup>23</sup>, en el caso concreto se tiene que la regulación más estricta sí es directamente vulneradora del principio de progresividad toda vez que al tornar más pedregoso el camino para acceder a la pensión de invalidez deja a los grupos discapacitados en estado de abandono, además de repercutir de manera más lesiva respecto de los grupos poblacionales de mayor edad.”

24 [Cita contenida en la providencia] En la sentencia de tutela T-974 de 2005 se da aplicación al artículo 39 derogado en aplicación del principio de favorabilidad ante la declaratoria de inexecutable del artículo 11 de la Ley 797 de 2003.

25 Ver Sentencias T-043 y T-580 de 2007.

26 Sentencia T-043 de 2007.

27 En la Sentencia T-1291 de 2005 se dijo: “es inadmisibles que se hayan agravado las condiciones –sin establecer para el efecto un término o régimen de transición que permita a los trabajadores, que se encuentran en la misma situación de Adriana María, efectuar las

cotizaciones que se exigen en la nueva norma- para que se acceda al derecho”27. En otro pronunciamiento, la Sala Tercera de Revisión manifestó: